

COMPATIBILIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Frederico Valdez Pereira

Juiz Federal instrutor no Supremo Tribunal Federal. Mestre em Ciências Criminais, PUC/RS. Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Penal Econômico, Unisinos/RS. Ex-promotor de justiça. Professor colaborador na ESMAFE/RS.

RESUMO: A colaboração premiada – inspirada diretamente nos Direitos italiano e americano – também denominada delação premiada ou colaboração processual, objetiva contribuir para a aquisição de elementos investigativos ante bloqueio na apuração pelos métodos tradicionais. O problema do reforço nos métodos probatórios apresenta uma possível colisão do interesse na eficiência da justiça penal com direitos de liberdade e de manutenção da higidez na dinâmica processual, levando a que se reflita sobre o tema a partir de critérios conferidos pela teoria dos princípios e pela proporcionalidade. Valoriza-se, assim, a tensão constitucional latente no tema. Aborda-se o modo como a colaboração premiada poderá ser legitimamente utilizada pelos tribunais, preservando-se sua razão de ser e as garantias fundamentais dos envolvidos na apuração.

ABSTRACT: Collaboration rewarded – directly inspired by Italian and American law – also known as procedural collaboration or whistleblower reward, aims to contribute to the acquisition of investigative elements since investigation by traditional methods is blocked. The problem of strengthening methods of proof presents a possible conflict of interest in criminal justice's efficiency with rights of freedom and maintenance of procedural dynamics' vigor, leading us to reflection on the theme from criteria given theory of principles and proportionality. Therefore, it values the latent constitutional tension on this theme. Hence, it is addressed how collaboration rewarded can be legitimately used by courts, preserving both its purpose and the fundamental guarantees of those involved in the investigation.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Tensão Constitucional no Tema da Colaboração Premiada – 3. Princípios Constitucionais Suscitados em Face dos Colaboradores; 3.1 Direito à Não-Autoincriminação; 3.2 O Princípio da Culpabilidade: Proporcionalidade da Pena à Gravidade do Delito – 4. Princípios Constitucionais Suscitados em Face dos Delatados; 4.1 A Quebra de Isonomia; 4.2 A Tutela dos Inocentes: Eficácia Probatória da Declaração dos Pentiti – 5. Os Custos a Assumir na Dinâmica Processual: a Suave Inquisição – 6. Base Argumentativa Favorável à Colaboração: as Emergências Investigativas; 6.1 Algumas

Balizas às Opções Estatais no Reforço Investigativo; 6.2 A Necessidade de Tutela “Suficiente”; 6.2.1 Deveres Estatais de Proteção – 7. O Recurso à Máxima da Proporcionalidade; 7.1 Adequação do recurso à Colaboração Premiada; 7.2 A Necessidade do Recurso à Colaboração Premiada; 7.3 Proporcionalidade em Sentido Estrito da Colaboração Premiada – Conclusões Parciais a Respeito da Compatibilização Constitucional da Colaboração Premiada.

PALAVRAS-CHAVE: Delação premiada. Colaboração premiada. Direito penal premial. Métodos de investigação. Meios de prova. Crime organizado. Criminalidade Associativa. Proporcionalidade.

1. INTRODUÇÃO

O incentivo à colaboração premiada insere-se em um campo de tensão entre dois polos tendencialmente opostos que se podem identificar, de um lado, com a operatividade do sistema penal, ao qual o mecanismo parece destinado a fortalecer, e, de outro, à legitimidade do sistema na conformidade a princípios e garantias típicas do Estado de Direito, tais como relação de proporcionalidade entre fato delituoso e sanção, tratamento isonômico dos acusados, preservação dos direitos fundamentais de liberdade, entre outros.

Muito sinteticamente, o objeto do presente estudo é de saber se razões de suposta eficiência, portanto político-criminais, podem, em conflito com princípios básicos do sistema penal, permitir moderações a ponto de legitimar o recurso ao instrumento premial, ou seja, até que ponto a tutela penal deve levar em consideração a pretensão de eficiência do sistema penal.

As apreensões expostas por críticos acerca dos avanços normativos em matéria de apuração e repressão de delitos não significam simplesmente que pretendam desfazer ou voltar atrás em relação a alguns dos noveis instrumentos investigativos já concedidos pelo legislador e inseridos nos ordenamentos jurídicos com a finalidade, ao menos em tese, de controlar as manifestações da moderna criminalidade. As preocupações centram-se, precipuamente, em dois aspectos de inteira pertinência e que deveriam sempre fazer parte das discussões legislativas e doutrinárias concernentes à pretensão de reforço nas técnicas investigativas: uma aferição da relação custo-benefício na adoção dos tendentemente autoritários mecanismos

para fazer frente à criminalidade atual¹; e a discussão a respeito dos limites à ampliação desse instrumental que pressupõe reforço dos poderes estatais sobre os direitos de liberdade.

Parte-se da premissa de que há necessidade de se conjugarem no processo penal, além da defesa das garantias e liberdades, outros bens de residência constitucional, tais como a operatividade instrumental da persecução penal, oriunda de uma imposição de resposta eficaz à criminalidade, inclusive como reflexo de uma defesa individual projetada a partir dos deveres de proteção estatal, na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. Enfim, o sistema judiciário penal não tem unicamente a finalidade de garantir os direitos fundamentais dos acusados, mas também se move pelo propósito de fazer valer imposições de investigação e acerto dos fatos delituosos, bem como de punição dos criminalmente responsáveis.

Grevi reconhece não ser o processo penal o local adequado ao enfrentamento da criminalidade organizada, o que deve ser realizado, eminentemente, antes e fora do processo. No entanto, prossegue referindo a indispensável noção de que, quando a luta frente à criminalidade organizada se concretiza no momento da repressão penal, desenvolve-se necessariamente pelo processo, caminho obrigatório na verificação dos fatos, de modo que o mecanismo processual deve ser adequado, idôneo a tratar das dificuldades oriundas “*dalla elevata complessità delle indagini*”².

¹ Preocupação também externada por importante setor da magistratura italiana, ao afirmar que a exigência de análise e verificação empírica das condições de operatividade e eficácia positiva ou negativa dos instrumentos existentes deveria constituir premissa para conduzir racionalmente as discussões no âmbito de política criminal; MAGISTRATURA DEMOCRATICA. Osservazioni sul decreto legge 15 dicembre 1979 n. 625 concernente misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica. **Il Foro Italiano**, Roma, 5. parte, v. 2, p. 91-104, 1980.

² GREVI, Vittorio. Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio. In: _____. (a cura di). **Processo penale e criminalità organizzata**. Bari: Laterza, 1993. p. 3-42. Bacigalupo chega a mencionar que, na realidade, “*la criminalidad organizada es básicamente un problema del proceso penal y de las medidas requeridas para su investigación*”; BACIGALUPO, Enrique. **El debido proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p. 211.

Conforme sustenta Pulitanò, a questão é fundamental para o sistema jurídico por envolver instrumentos e práticas judiciais destinadas a obter resultados na repressão de delitos, o que leva ao reconhecimento da inserção do problema penal em um campo de tensão entre dois polos contrastantes: de um lado, as exigências de operatividade do sistema penal, ou “de efetivo funcionamento da tutela coercitiva dos direitos e interesses dos indivíduos e da sociedade”³; do outro, imposições relacionadas ao asseguramento das liberdades individuais diante do poder coercitivo do Estado.

A experiência histórica e as pretensões latentes nas searas repressiva e de liberalismo demonstram que garantismo e operatividade repressiva estão contínua e estruturalmente em equilíbrio precário, podendo-se mesmo visualizar um “pendolarismo” da legislação e da praxis processual ao refletirem historicamente a exigência de contemplar interesses em potencial conflito, combinando sucessivamente sucessos e excessos nessa tarefa⁴. Constatação que, muitas vezes, passa pela perspectiva oposta de análise: aos defensores das garantias de defesa do indivíduo, há excesso de rigor; na visão do polo oposto, destaca-se uma incapacidade da justiça penal de funcionar em modo adequado.

Desta forma, o que se discute não é a harmonização estável desses valores, mas a moderação possível em um quadro de constante oscilação, de modo a permitir abordagem crítica quanto às concretas iniciativas do legislador e da prática no reforço de um ou outro dos polos, lançando a discussão ao campo principiológico e de propositura de alternativas ou correções. Nesse norte, insere-se o tema na busca do improvável equilíbrio entre a pretensão de operatividade repressiva e o asseguramento dos direitos de liberdade, como condição legitimante das normas de incentivo à colaboração premiada.

A par de que seja um debate impregnado de fortes considerações políticas, e mesmo de valoração ético e ideológica, impõe-se ao menos a tentativa de seguir para além, com a inserção da questão no âmbito

³ PULITANÒ, Domenico. La giustizia penale alla prova del fuoco. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, ano 40, nova série, fasc. 1, p. 3-41, genn./mar. 1997.

⁴ PULITANÒ, Domenico. La giustizia penale alla prova del fuoco. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, ano 40, nova série, fasc. 1, p. 3-41, genn./mar. 1997. p. 19-20.

dos direitos fundamentais, procedendo-se a uma aferição quanto à legitimidade constitucional do instituto elaborada a partir da máxima da proporcionalidade, e de outros princípios constitucionais que se projetam no tema, buscando equacionar racionalmente os custos e benefícios, como refere Seminara: “*senza ideologismi o sentimentalismi*”⁵.

2. TENSÃO CONSTITUCIONAL NO TEMA DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Para além da concepção idealista e/ou científica que se tenha dos modelos abstratos de conformação do sistema penal, deve-se questionar se eventual opção normativa de acolhimento da colaboração premiada como instrumento de reforço das finalidades eficientistas do sistema penal poderia ser compatibilizada com princípios e garantias constitucionais: a questão central está em saber se o ordenamento jurídico constitucional positivo consente conviver com a figura do arrependido.

A partir da concepção advinda dos modernos Estados constitucionais de direito, os ordenamentos jurídicos passaram a compreender princípios e valores oriundos do racionalismo iluminista, fazendo com que quase todas as garantias penais e processuais de liberdade e de certeza estejam consagradas nas constituições como princípios jurídicos fundamentais⁶. A marca dos Estados constitucionais de direito, estruturados a partir de uma constituição rígida, é precisamente o fato de que a norma fundamental do sistema incorpora não apenas requisitos de regularidade formal, mas também condições de validade substancial.

Daí decorre que, apesar de se ter feito primeiramente referência à dualidade de concepções ideológico-dogmáticas sobre o tema dos arrependidos, representada pelo pêndulo no sistema penal, a análise inicial,

⁵ SEMINARA, Luigi. La chiamata di correo nell'ambito delle associazioni criminali. In: NEUBURGER, L. de Cataldo (Coord.). **Chiamata in correità e psicologia del pentitismo nel nuovo processo penale**. Padova: Cedam, 1992. p. 59.

⁶ Conforme Ferrajoli, que se refere ao fenômeno como um processo de positivação do direito natural; FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**: teoria del garantismo penale. 8. ed. Bari: Laterza, 2004. p. 348-349. No mesmo sentido: PICÓ I JUNOY, Joan. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: J. M. Bosch, 1997. p. 17, referindo-se a “*un fenómeno de constitucionalización de los derechos fundamentales de la persona*”.

ponto de partida quando se discute a legitimidade possível do prêmio a agentes colaboradores deve ser a compatibilidade ou não dessa previsão com as normas constitucionais, modo a aferir não apenas a injustiça, mas a existência de invalidade por oposição à norma fundamental.

Superada essa questão da legitimidade jurídica substancial, ingressando o instrumento de reforço investigativo na ordem jurídica constitucional de forma legítima, porquanto conforme formal e materialmente com os princípios penais e processuais alojados na Constituição, afirmada estará a validade da regra, independente de contrariar concepções dogmáticas dissonantes. Não estarão afastadas as críticas de política-criminal, muitas delas bem pontuadas e mesmo adequadas, no entanto não é mais o que se estará discutindo, mesmo porque não convenceram o legislador, e são insuficientes para se afirmar a inconstitucionalidade da opção feita⁷.

O desenvolvimento proposto, embasado na reflexão constitucional, privilegia a ideia exposta por Silva Sánchez no sentido de que, nos sistemas do constitucionalismo moderno, a hipótese possível de impugnação de preceitos penais e persecutórios está na conclusão pela incompatibilidade constitucional dessas normas, seja por defeito, ou por excesso; sem a verificação de inconstitucionalidade, diz o autor: “*nos hallamos en el marco de la política criminal defendible*,”; ainda que se considere irrazoável, não será passível de substancial impugnação⁸, ou seja, ao legislador é conferido um amplo espaço de configuração, o qual não é necessariamente coincidente com o espaço pretendido pela dogmática penal.

Não se vai pretender enfrentar esse fundamental problema com a profundidade necessária a qualquer cogitação de esgotamento das suas possibilidades, pretensão séria nesse sentido exigiria extensão somente compatível com trabalho específico no tema. Mas, tendo em vista alguma

⁷ O legislador ordinário não pode ficar limitado a esferas muito reduzidas de conformação, pelo contrário, deve ser preservado um espaço amplo entre o constitucionalmente proibido e o constitucionalmente necessário, âmbito no qual o legislador pode fazer suas opções políticas; cf. BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: CEPC, 2007. p. 588.

⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed., rev. y ampl. Madrid: Civitas, 2001. p. 118.

possível relação de prejudicialidade, antes de se prosseguir na discussão serão abordadas, resumidamente, algumas reflexões mais comuns e consistentes a respeito da compatibilização material do instrumento da colaboração premiada com normas constitucionais tendentemente ameaçadas.

Sintetizando o problema de legitimidade constitucional no tema da delação premiada, de um dos lados dos polos em latente tensionamento tem-se princípios constitucionais direcionados à exigência de operatividade do sistema penal compreendido conjuntamente⁹, os quais radicariam em um interesse da ordem jurídico-penal de eficiência na investigação e esclarecimento dos delitos¹⁰. No extremo contrário estariam princípios oriundos de conformidade à justiça e garantia, tais como igualdade, culpabilidade, tratamento isonômico dos acusados que, em tese, tenderiam a afastar a possibilidade de a ordem jurídica receber mecanismo de persecução embasado na atitude cooperativa de co-autores de crime.

Assim, na sequência, pretende-se apresentar de forma crítica as linhas argumentativas que se antepõem quanto à legitimidade constitucional da colaboração premiada, pretendendo-se, com isso, explicitar o problema de modo objetivo. Nesse caminho, serão resumidos, primeiramente, os princípios constitucionais básicos suscitados pela doutrina, que se oporiam à técnica apurativa embasada nas declarações de coimputado; na sequência serão expostas as razões que indicariam a importância do reforço investigativo pela colaboração premiada, ao menos em relação a determinados fenômenos delituais.

A partir das tensões evidenciadas no tema da legitimidade e, portanto, guiando-se pela intenção assumida previamente de não desconsiderar

⁹ Alexy traz exemplificação na qual o Tribunal Constitucional Federal alemão afirma o dever estatal de garantir uma aplicação adequada do direito penal; ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: CEPC, 2002. p. 90.

¹⁰ Os alemães referem o termo “*Ermittlungsnotstand*” como a necessidade de esclarecimento dos fatos, indicando uma situação de impasse, bloqueio da investigação, com a consequente impossibilidade de elucidar judicialmente os delitos e os autores, o que sinalizaria um fenômeno empírico de disfunção do sistema penal, reclamando de algum modo a utilização de instrumentos idôneos a melhorar a eficácia no esclarecimento de delitos graves; RIVA, Carlo Ruga. **Il premio per la collaborazione processuale**. Milano: Giuffrè, 2002. p. 415-416.

parcela importante da doutrina que se opõe ao instituto com argumentos de ordem constitucional relativos também aos custos incidentes na dinâmica judicial, recorrer-se-á à máxima da proporcionalidade como procedimento argumentativo destinado a sopesar os valores e princípios contrapostos no tema da colaboração premiada, de modo a apresentar algumas considerações parciais a respeito das circunstâncias que podem levar à admissão do reforço no polo da eficiência investigativa no tema em análise.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS SUSCITADOS EM FACE DOS COLABORADORES

A doutrina é prolífera na menção a princípios e garantias violados pelo recurso aos *pentiti*, podendo referir-se, entre outros: o direito ao silêncio, o papel do interrogatório como meio de defesa, o nexu retributivo entre pena e delito¹¹, o princípio de materialidade¹², a moralidade pública¹³, ampla defesa e contraditório¹⁴. Como a intenção não é de se curvar em cada uma dessas elaborações, na sequência serão abordados os princípios mais referidos e consistentes, a juízo do autor, que poderiam sofrer restrição em face da colaboração premiada, cabendo acrescer ainda que algumas das alegações de inconstitucionalidade advêm do procedimento a ser utilizado na coleta das informações, o que será objeto de posterior estudo.

3.1 DIREITO À NÃO-AUTOINCRIMINAÇÃO

Entende-se pressuposto da colaboração processual que o investigado confesse os fatos nos quais tenha participado¹⁵, abrindo mão, de forma

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**: teoria del garantismo penale. 8. ed. Bari: Laterza, 2004. p. 624.

¹² Ibidem, p. 624.

¹³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, ano 54, n. 344, p. 91-99, jun. 2006.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ É comum os autores incluírem a admissão de responsabilidade na própria definição da colaboração processual; cf., por ex., DIODÀ, Nerio. Costi e benefici delle norme “premiali”. **Democrazia e Diritto**, Roma, ano 25, fasc. II, p. 141-146, magg./ag. 1985.

expressa, de seu direito constitucional ao silêncio¹⁶, e comparecendo no processo na condição de testemunha/informante. A razão de ser da colaboração premiada é a busca de provas internas à estrutura delituosa, em tese rígida e compartimentada, valendo-se de pessoa com conhecimento privilegiado exatamente pela condição de ter atuado nessa associação, ou em fatos delituosos por ela cometidos, portanto entende-se desbordar da gênese e razão de ser do instituto admitir sua configuração sem que o colaborador confesse os fatos nos quais tenha atuado¹⁷.

Disso poderia resultar uma restrição, ainda que de menor ressonância, relacionada à eventual violação do direito constitucional de o acusado não produzir prova contra si mesmo, pelo fato de o instituto premial embasar-se na confissão plena e cooperação de sujeito investigado pelos mesmos fatos objeto da apuração.

Na doutrina pode citar-se, a título exemplificativo, a posição de Ferrajoli no sentido de que o benefício pela confissão e colaboração com a investigação degrada a relação processual “*a um tôte à tute inquisitorio indirizzato alla confessione, ove l'inquirente-confessore, soppresso il ruolo antagonista della difesa, estrae le prove dalla collaborazione dell'inquisito*”¹⁸.

Para se argumentar pela inconstitucionalidade da colaboração por suposta violação do direito ao silêncio, ter-se-ia que considerar o direito dos acusados a não confessar como sendo direito irrenunciável, ou, apesar

¹⁶ Projeto de Lei n. 6.578, atualmente em tramitação na da Câmara dos Deputados, originado do PLS 150/2006, já aprovado no Senado Federal, que dispõe sobre organizações criminosas e meios de obtenção de prova, prevê, no par. 14 do art. 4º, a necessidade de renúncia, pelo colaborador, do direito ao silêncio.

¹⁷ Nesse sentido: CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. de. **Da prova no processo penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 132; PENTEADO, Jaques de Camargo. Delação premiada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 95, v. 848, p. 711-736, jun. 2006; BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada**: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 168 et seq.; DE SANCTIS, Fausto Martin. **Crime organizado e lavagem de dinheiro**: destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 180. Contra, entendendo pela desnecessidade da confissão: GAZZOLA, Gustavo dos Reis. Delação premiada. In: CUNHA, Rogério Sanches et al. (Coord.). **Limites constitucionais da investigação**. São Paulo: RT, 2009. p. 147-183.

¹⁸ FERRAJOLI, op. cit.

de voluntariamente renunciável, que o prêmio pela colaboração eliminaria a voluntariedade. Entende-se, ao contrário, que a possibilidade de se atribuir efeito benéfico à confissão voluntariamente prestada, e ainda que acrescida da colaboração revelativa, não importa violação do direito à não-autoincriminação, tampouco o prêmio elimina a voluntariedade da renúncia à garantia de não se declarar culpado.

Exatamente por ser sujeito processual, o réu pode, desde que livre e conscientemente, dispor de seu direito constitucional a não colaborar¹⁹; significa dizer que o direito em questão é, em todo caso, disponível, situando-se na esfera de liberdade do titular do direito, a decisão sobre opor-se, total ou parcialmente, ou mesmo não se opor, à imputação. Sendo assim, e acaso não paire dúvidas de que a escolha a colaborar foi feita livremente, a renúncia ao direito insere-se na estratégia processual adotada pelo acusado.

Nesse sentido há posicionamento do Tribunal Constitucional espanhol: “*ligar un efecto beneficioso a la confesión voluntariamente prestada, no es privar del derecho fundamental a no confesar si no se quiere*”²⁰. Na mesma linha é a posição da Suprema Corte norte-americana ao apreciar a constitucionalidade do *plea bargaining*, considerando que o *privilege against self incrimination* da 5ª emenda garante ao acusado fazer opção por colaborar ou não com a acusação: “*Waivers of constitutional rights not only must be voluntary but must be knowing, intelligent acts done with sufficient awareness of the relevant circumstances and likely consequences. On neither score was Brady’s plea of guilty invalid [...]*”²¹.

¹⁹ CUERDA-ARNAU, Maria Luisa. **Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo**. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, 1995. p. 593-594.

²⁰ ESPANHA. S.T.C. n. 75/1987. Sala Segunda. 25 de maio de 1987. Disponível em: <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1987-0075>. Acesso em: 14/ jul. 2011.

²¹ “*As Brady indicates, a guilty plea, to be valid, must be product of a knowing and intelligent choice, and it must be voluntary, in the sense that it does not result from threats or promises other than those involved in any plea agreement*”. Brady v United States, Supreme Court of the United States, 397 U.S. 742 (1970), *apud*: KADISH, Sanford H.; SCHULHOFER, Stephen J.; STEIKER, Carol S. **Criminal law and its processes**: cases and materials. 8. ed. Austin: Wolters Kluwer, 2007. p. 1025-1029.

Entender a prerrogativa em sentido oposto significaria considerar que o acusado tem algum dever fundamental de contrapor-se à pretensão punitiva, o que, por certo, inexistente. De qualquer modo, é importante mencionar ainda que não se há como refletir com base na confissão própria do processo medieval inquisitivo, a qual impunha ao órgão jurisdicional, independente da sua veracidade, a condenação do confitente; no atual sistema tem-se mero reconhecimento dos fatos, que não importa em alguma eficácia vinculativa, não se presta a afastar a presunção de inocência, tampouco pode, isoladamente, determinar o conteúdo da decisão sequer frente ao confitente.

3.2 O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE: PROPORCIONALIDADE DA PENA À GRAVIDADE DO DELITO

Prosseguindo, tem-se o problema, também de adequação constitucional, relacionado ao polo do delator, da relação de proporcionalidade entre a medida da pena de um lado, e a gravidade objetiva do fato e culpabilidade do autor, de outro. A colaboração premiada pressupõe distanciar a resposta penal do juízo de proporcionalidade à gravidade objetiva e subjetiva do fato praticado pelo *pentito*, com base em pressuposto de finalidade político-criminal; há, de certo modo, renúncia parcial à punição de autor de delito.

Ferrajoli, por exemplo, levanta a questão da subversão do princípio garantista “*da proporzionalità della pena alla gravità del reato e al grado di colpevolezza e di responsabilità*”²², pelo fato de a graduação das medidas penais e premiais ser inversamente proporcional aos graus de responsabilidade dos imputados de crimes associativos.

A doutrina majoritária atual, formada sob inspiração dos Estados liberais de direito, concorda em atribuir ao princípio da proporcionalidade da pena à gravidade objetiva e subjetiva do fato delituoso uma fundamentação constitucional, havendo, aparentemente, alguma dissensão apenas quanto ao embasamento desse relevo. Inicialmente diga-se que essa preocupação não é nova, tampouco teve surgimento com o constitu-

²² FERRAJOLI, Luigi. Ravvedimento processuale e inquisizione penale. **Questione Giustizia**, Varese, p. 209-225, 1982. p. 217.

cionalismo; o juízo de proporção na reprimenda, ditado pela intensidade do delito, aparece tradicionalmente na doutrina penal como uma das projeções do princípio da culpabilidade, no sentido de que a penalização somente é aceitável nos limites da culpa expressada na conduta delitiva.

No substrato da acepção do princípio da culpabilidade, portanto da exigência de proporção entre resposta penal e crime, figura a dignidade da pessoa humana e o princípio da liberdade, pois punir o agente sem atenção à culpa manifestada no comportamento, mas sim a outros interesses político-criminais, significaria tratá-lo como meio para a obtenção de fins que o ignoram, “violando dessa forma o reconhecimento que lhe é devido como cidadão. Numa expressão oriunda do legado kantiano, significaria tratá-lo como um valor de troca e não como valor em si”²³.

A passagem para o Estado constitucional reforçou sobremaneira o princípio da culpabilidade que, além de princípio material de justiça, passou também a ser visto como projeção de valor fundamental do direito positivo, a partir mesmo da inserção da dignidade da pessoa humana nos princípios fundamentais, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Ainda na questão introdutória de esboçar o substrato constitucional da exigência de proporção entre a sanção penal e a gravidade objetiva e subjetiva do fato, o que será importante para as conclusões que seguem, é imperioso tomar-se como referência a máxima da proporcionalidade enquanto ferramenta argumentativa de controle de constitucionalidade das restrições a direitos fundamentais. Isso porque as normas penais incriminadoras pressupõem sempre a restrição de um direito fundamental, no mais das vezes o direito à liberdade, portanto são resultado de uma ponderação na qual a liberdade é restringida em prol de outros valores fundamentais²⁴.

O postulado da proporcionalidade impede ingerências excessivas no âmbito dos direitos fundamentais, mediante controle conjunto e escalonado pelos seus subprincípios. Daí considerar-se que o princípio da

²³ DIAS, Augusto Silva. **Ramos emergentes do direito penal relacionados com a protecção do futuro**: ambiente, consumo e genética humana. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 166 et seq.

²⁴ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 70-71.

culpabilidade, na sua vertente de limitar a apenação à gravidade objetiva e subjetiva do fato cometido, passou a encontrar respaldo constitucional pela máxima da proporcionalidade enquanto proibição de excesso de intervenção punitiva.

A conclusão parcial é que o aspecto limitador da culpabilidade destina-se, fundamentalmente, a impedir a aplicação da pena para além da responsabilidade pessoal do acusado, de modo a que exigências de prevenção geral ou especial, que poderiam ensejar utilização da pena com alto rigor excessivo, visando a alcançar maior eficácia preventiva, estarão sempre limitadas à concreta culpabilidade manifestada no fato praticado pelo agente.

Por outro lado, não se pode desconsiderar enfoque relativamente diverso do referido postulado, e que se sustenta na ideia de examinar a questão com referimento às funções de prevenção geral e de prevenção especial da pena. Nesta vertente, a pena adequada, entendida como aquela proporcional à gravidade objetiva e subjetiva do fato cometido, garante os melhores resultados sob o enfoque da prevenção geral, mais do que uma penalidade excessivamente severa.

Esses efeitos proveitosos poderiam ser prejudicados acaso a reprimenda descesse a níveis mais baixos do que o mínimo necessário a representar uma reação adequada à gravidade do fato cometido, comprometendo os ideais de dissuasão e reforço da consciência jurídico-moral da comunidade social, ao mesmo tempo em que seria inidônea a fazer com que o réu, pela admoestação, recepcionasse a relevância dos valores violados²⁵. Neste segundo sentido, o princípio da culpabilidade ou da proporcionalidade da pena à gravidade do fato figuraria como limite também à redução da penalidade.

Ao contrário dessa última linha de raciocínio, entende-se que o princípio da culpabilidade, e, por consequência, a sua projeção na exigência de proporcionalidade na aplicação da pena, se apresentam como relevantes aspectos de tutela do interesse do particular à sua liberdade pessoal no confronto com os poderes de intervenção do Estado²⁶. Ao

²⁵ FLORA, Giovanni. **Il ravvedimento del concorrente**. Padova: Cedam, 1984. p. 173.

²⁶ ROXIN, Claus. Sul problema del diritto penale della colpevolezza. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, ano 27, fasc. 1, p. 16-34, genn./mar. 1984.

contrário disso, somente se admitindo uma concepção eminentemente retributiva da pena é que se poderia chegar à conclusão de que os princípios da proporcionalidade ou da culpabilidade impedem a norma favorável aos *pentiti*²⁷.

O que se quer dizer é que as preocupações de compatibilização principiológica ao postulado da culpabilidade na matéria resultam dispersas a partir da consideração de que tal princípio aparece mais com função de garantia individual do autor do crime²⁸, como limitação ao excesso de punição, e menos como projeção oposta de exigência de limites mínimos à punição²⁹. Assim é que, se razões de política criminal, ou mesmo ideais de prevenção geral e especial, não podem importar em majorações da pena para além da culpabilidade manifestada no fato cometido, o raciocínio oposto não se sustenta: o princípio garantista da culpabilidade não pode ser invocado para impedir ou deslegitimar a redução da pena aplicada em concreto ao réu.

Por isso dizer-se do paradoxo da posição, ao menos da parte da doutrina dita garantista, que sustenta, em alguma medida, a utilização dos princípios da culpabilidade ou da proporcionalidade na aplicação da pena para censurar o tratamento sancionatório mais benéfico ao réu decorrente da colaboração premiada³⁰.

Ainda que se concorde com a noção de que a intensidade das penas vislumbradas como resposta do ordenamento jurídico ao fenômeno criminal não deva ser de tal modo insignificante que comprometa a própria

²⁷ PULITANÒ, Domenico. Le garanzie processuali e la “figura del pentito”. **Democrazia e Diritto**, Roma, ano 25, n. 2, p. 135-140, magg./ag. 1985.

²⁸ Na premissa de Dolcini “*della colpevolezza come limite massimo rispetto ad una pena orientata verso la rieducazione del condannato*”, portanto idônea a desenvolver somente função limitativa; cf. DOLCINI, Emilio. **La commisurazione della pena**: la pena detentiva. Padova: Cedam, 1979. p. 299.

²⁹ ROXIN, Claus. Considerazioni di politica criminale sul principio di colpevolezza. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, ano 23, fasc. 2, p. 369-381, 1980; o autor expõe no texto a ideia de que o conceito de culpabilidade é inidôneo a fundamentar a retribuição, devendo permanecer apenas como princípio de delimitação da pena, em favor do agente.

³⁰ Ruga Riva faz referência ao paradoxo; RIVA, Carlo Ruga. **Il premio per la collaborazione processuale**. Milano: Giuffrè, 2002. p. 452.

seriedade da reação estatal ao fato cometido, parece haver certa confusão ao se inserir tal discussão no bojo do princípio da culpabilidade, ou da garantia constitucional da proporcionalidade da pena em concreto à gravidade objetiva e subjetiva do delito. Esses postulados figuram constitucionalmente como verdadeiras garantias fundamentais do indivíduo, como limites, anteparo à máxima reação estatal.

A premissa dos referidos princípios constitucionais classicamente garantistas³¹, até mesmo pela sua tradição histórica, é individualística, servindo de barreira contra a instrumentalização do homem a finalidades repressivas ou de política criminal. Não só a *ratio* da previsão constitucional do princípio da proporcionalidade da pena à culpabilidade manifestada no fato, mas a origem e razão de ser de sua elaboração impedem que se amplie sua projeção a ponto de se questionar a constitucionalidade de limites mínimos de punição.

Não que não se possa, também no plano constitucional, questionar a validade de respostas penais insignificantes ou muito aquém do mínimo razoável como reação ao fenômeno criminal. No entanto tal perspectiva refoge aos princípios individuais de refreamento da intervenção punitiva estatal, como é o caso do princípio em análise.

Há duas linhas de argumentos possíveis a sustentar posição contrária à penalização inadequada quanto aos limites mínimos. A primeira e mais profícua reporta-se ao que será abordado na sequência a respeito de uma defesa individual projetada a partir dos deveres de proteção estatal, e a consequente exigência de operatividade do sistema penal, ou “de efetivo funcionamento da tutela coercitiva dos direitos e interesses dos indivíduos e da sociedade”³².

É nessa conjuntura dos direitos de segurança, ou da pretensão a uma resposta penal adequada, como forma de tutela de direitos fundamentais, que se insere a questão sobre os critérios de razoabilidade, mesmo do

³¹ PULITANÒ, Domenico. Tecniche premiali fra diritto e processo penale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, ano 29, nova série, fasc. 4, p. 1005-1041, ott./dic. 1986. p. 1014.

³² PULITANÒ, Domenico. La giustizia penale alla prova del fuoco. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, ano 40, nova série, fasc. 1, p. 3-41, genn./mar. 1997. p. 9 et seq.

ponto de vista da prevenção geral e especial, sobre os limites da redução da penalidade aplicada. Lançar a discussão ao plano da legitimidade constitucional de normas de favor significa aceitar a presença de obrigações constitucionais de tutela penal que vedam a proteção deficiente dos bens jurídicos pelo direito penal substantivo.

É importante essa contextualização uma vez que não se está questionando isoladamente a possibilidade de redução ou mesmo isenção de pena abstratamente cominada na legislação, e os possíveis efeitos reflexos de comprometimento de uma resposta penal adequada à proteção dos bens jurídicos atingidos. O quadro traçado é mais amplo, a razão de ser da consequente redução da sanção criminal pela incidência de norma de favor reside exatamente na finalidade de reforço repressivo, ante a constatação prévia de um bloqueio na investigação de delitos graves praticados no seio da criminalidade associativa.

Por esse motivo, a opção que se coloca não está entre afastar o recurso ao instrumento do prêmio pela colaboração, de modo a permitir a aplicação de uma pena minimamente adequada à gravidade do fato. A alternativa ao não uso do dispositivo premial será, muito provavelmente, a prevalência da situação representada pela obstrução investigativa, portanto, estar-se-ia argumentando com o princípio da proibição de insuficiência na proteção penal para, em última análise, manter a situação de impasse na apuração de crimes que se buscou superar pelo recurso à colaboração premiada: a contradição parece insuperável.

Outra vertente argumentativa é aquela de fazer atuar o princípio da igualdade para invalidar normas de benefício destituídas de embasamento constitucional, de modo a afastar possíveis formas odiosas de privilégio concretizadas na legislação de favor. A questão fundamental estará nos parâmetros sobre os quais valorar quais diferenças são admitidas e quais não são no quadro legal protetivo³³; havendo grave desproporção entre a oportunidade político-criminal utilizada como embasamento para a norma benéfica e a significação criminal dos tipos de comportamento compreendidos no favor é que se concluiria pelo prejuízo de isonomia.

³³ PULITANÒ, Domenico. Tecniche premiali fra diritto e processo penale. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milano, ano 29, nova série, fasc. 4, p. 1005-1041, ott./dic. 1986. p. 1017.

Esta linha será abordada no item seguinte, mas pode-se adiantar não ser irrazoável concordar com a existência de diferença importante entre criminoso arrependido ou colaborador, e criminoso irreduzível, ao menos a ponto de ver na diversidade de tratamento sancionatório, dentre limites e condicionamentos, uma tendencial correspondência com postulados de individualização da resposta estatal com base em um critério de justiça³⁴.

4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS SUSCITADOS EM FACE DOS DELATADOS

Igualmente encontram-se referências doutrinárias de diversos direitos e garantias que seriam desatendidos na adoção do prêmio, podendo referir-se, entre outros: o princípio da igualdade³⁵, de estreita legalidade³⁶, ônus da prova³⁷, a publicidade e o contraditório³⁸. Deste modo, reitera-se aqui a ressalva feita no item 3, acrescentando ainda que algumas possíveis distorções sentidas na dinâmica do processo judicial, e que podem ter algum reflexo tanto frente aos colaboradores como aos delatados, serão tratadas na rubrica subsequente.

4.1 A QUEBRA DE ISONOMIA

Ainda dentre os princípios de conformidade à justiça e garantia referidos anteriormente, e que costumam ser incluídos no polo oposto ao do valor da eficiência do sistema penal em matéria de arrependidos, tem-se o postulado da igualdade, sob o aspecto da razoabilidade na previsão legal de uma disparidade de tratamento. Pode cogitar-se uma quebra da isonomia na previsão de prêmio aos colaboradores, não só ante uma desigualdade externa pela previsão do prêmio, por exemplo, a

³⁴ Idem. Le garanzie processuali e la “figura del pentito”. **Democrazia e Diritto**, Roma, ano 25, n. 2, p. 135-140, magg./ag. 1985. p. 136.

³⁵ FLORA, Giovanni. **Il ravvedimento del concorrente**. Padova: Cedam, 1984. p. 163.

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione: teoria del garantismo penale**. 8. ed. Bari: Laterza, 2004. p. 624.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione: teoria del garantismo penale**. 8. ed. Bari: Laterza, 2004. p. 624.

³⁸ CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. de. **Da prova no processo penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 136.

delito de homicídio cometido no seio de organização criminal, e não para homicídio comum; mas também desigualdade interna, ante o tratamento inclemente ao cúmplice não colaborante em contrapartida à condescendência em relação ao cúmplice colaborante.

A justificação racional que está na base do tratamento não isonômico como motivo real e plausível a justificar a desigualdade sustenta-se na emergência investigativa identificada, sem maior esforço argumentativo, nos delitos cometidos no âmbito de associação criminosa estruturada e orientada à prática de delitos graves; presentes que estão, nessas hipóteses, as características de periculosidade e impenetrabilidade a indicar concretamente impasse na persecução dos demais membros, e graves riscos decorrentes da disfunção repressiva minimamente eficiente³⁹. Ou seja, a situação justificadora do tratamento penal diferenciado reconduz-se à situação do estado de necessidade da investigação, o qual se pode manifestar apenas quando presente, além do bloqueio investigativo pela natureza organizada ou associativa do fenômeno criminal, uma singular imposição de prevenção e repressão pela gravidade de crimes que atinjam bens e valores fundamentais.

A esse respeito, é importante mencionar novamente que a colaboração processual já não reforçaria apenas a tarefa estatal de esclarecimento de crimes graves, mas teria relevante efeito reflexo direcionado a refrear o prosseguimento da atuação associativa na prática desse delitos, elemento de discrimen importante na comparação com situações nas quais não se manifesta o papel de fragmentar estrutura orientada ao cometimento de crimes, por consequência evitando-os⁴⁰.

Em relação ao tratamento distinto entre sujeitos colaboradores e não colaboradores, é possível perceber já na simples constatação do fenômeno, as razões pelas quais não há identificação substancial na situação daquele

³⁹ RIVA, Carlo Ruga. **Il premio per la collaborazione processuale**. Milano: Giuffrè, 2002. p. 430. O autor refere que a *Ermittlungsnotstand*, como real e plausível motivo para a legitimidade da discriminação entre delitos que admitem a colaboração, pode ser mutável no tempo, e deve estar sujeita ao crivo da práxis quanto à análise das consequências na eficácia e em relação aos avanços das técnicas investigativas.

⁴⁰ Lembre-se que o elemento de prevenção de ulteriores delitos será finalidade secundária, oblíqua e meramente eventual das normas premiaias; cf. FLORA, Giovanni. **Il ravvedimento del concorrente**. Padova: Cedam, 1984. p. 154 et seq.

que direciona a contraconduta pós-delitiva em oposição aos interesses da organização criminosa da qual fazia parte, agregando na busca de esclarecimento dos crimes e de evitação de novas potenciais agressões ao bem jurídico tutelado, além de manifestar comportamento tendente a amenizar o juízo de periculosidade e indicar melhores possibilidades de reinserção social, e o agente com posição oposta de constância ao *pactum scelleris*. Consente-se tradicionalmente com a ideia de que o processado confesso ou colaborante receberá tratamento penal mais benévolo, pelo que se chega mesmo a considerar a postura cooperativa pela confissão como um “*indice di resipiscenza*”, ou a colaboração com a justiça como “*particolare significato di merito alla personalità del colpevole*”⁴¹.

De qualquer modo, a conclusão pela legitimidade do tratamento diferenciado, na situação exposta, merece ser complementada a partir da aferição com base na máxima da proporcionalidade, no sentido de verificar se o prêmio ao colaborador está justificado, nos seus efeitos de parcial renúncia à punibilidade e consequente diferença de regime punitivo, ante o cotejo desses efeitos com fins propostos pela adoção da colaboração.

4.2 A TUTELA DOS INOCENTES: EFICÁCIA PROBATÓRIA DA DECLARAÇÃO DOS PENTITI

Na necessária busca do justo equilíbrio entre a manutenção da segurança e a defesa das liberdades, mesmo estando-se diante de medidas diferenciadas destinadas a fazer frente à criminalidade associativa, Stella destaca a indispensabilidade da preservação da proteção dos inocentes, ou da distinção que a ordem jurídica deve preservar entre culpados e inocentes, garantida pela regra “*dell'oltre ragionevole dubbio*” e que pertence ao cerne do princípio democrático⁴². Segundo o autor, o livre convencimento do julgador deve estar orientado por critérios jurídicos e objetivos na valoração da prova, sendo que a sociedade democrática, sustentada na moral e nos princípios constitucionais, não pode abando-

⁴¹ PULITANÒ, Domenico. Tecniche premiali fra diritto e processo penale. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milano, ano 29, nova série, fasc. 4, p. 1005-1041, ott./dic. 1986. p. 1009.

⁴² STELLA, Federico. *Giustizia e modernità*: la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2003. p. 8-9.

nar esses critérios, exemplificando: “*neppure di fronte al fenomeno del terrorismo*”⁴³.

Decorre do postulado uma exigência de qualificação nos elementos advindos da atividade probatória de incriminação e que precisam ficar destacados. Dizer-se apenas que a prova da culpabilidade do denunciado está a cargo da acusação pode não ser suficiente para embasar a conclusão de que a colaboração premiada não tem a força de, isoladamente, permitir ao julgador a formação de um juízo condenatório; e precisa ficar assentado como premissa, na tentativa de análise de problemas e censuras ao instituto, o fato de que a colaboração por si só não tem essa qualidade.

Tendo em vista o cerne do estudo, e o fato de que o tema dos efeitos advindos da colaboração premiada foi objeto de abordagem em outro texto⁴⁴, não se vai aprofundar o tema. De qualquer forma, pela relevância da questão, e pelo fato de ter ligação também com as condições legitimantes da colaboração premiada na esfera constitucional, impunha-se alguma referência, ainda que muito breve.

5. OS CUSTOS A ASSUMIR NA DINÂMICA PROCESSUAL: A SUA VE INQUISIÇÃO

A partir da análise até então feita, pode dizer-se que as normas premiais, no geral, não importam violação séria a direitos e garantias dos colaboradores ou dos sujeitos delatados. Apesar disso, ainda que se leve em consideração apenas a pessoa do colaborador, embora se relacione mais amplamente com o conjunto da dinâmica processual, há inconvenientes referidos pela doutrina e que não podem ser desconsiderados.

Essa linha argumentativa sustenta-se nos riscos advindos de fazer prevalecer, sobre as exigências garantistas, razões utilitaristas de reforço no enfrentamento da grave criminalidade com o uso dos *pentiti*, diante da

⁴³ Ibidem, p. 61 et seq. O autor destaca que “*la protezione dell’innocente e il rispetto dei fondamenti costituzionali dello Stato sono garantiti solo se nel processo penale viene adottato, come regola probatoria e come regola di giudizio, il criterio dell’oltre il ragionevole dubbio*”.

⁴⁴ PEREIRA, Frederico Valdez. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 98, v. 879, p. 475-498, jan. 2009.

situação de bloqueio na investigação. Trata-se de elaborações de vertente mais ideológica, decorrentes do modelo ideal de processo acusatório e dos significados e implicações do instituto no conjunto do sistema penal, mas que não perdem, por isso, importância, e podem mesmo representar algum concreto risco a princípios assentados na atual concepção processual penalista.

Tais ameaças decorrem primordialmente da própria estrutura do instrumento dos *pentiti*, uma vez que sua racionalidade se assenta, em alguma medida, na persuasão sobre os acusados, direcionada a incentivar a colaboração com os órgãos de repressão em troca de um prêmio no âmbito da punição. A lógica do prêmio, por isso, não deixa de estar embasada em um instrumento de pressão sobre o acusado, no caso, a diferença da tortura: uma pressão de natureza premial e não agressiva, que reforça os instrumentos à disposição do acusador⁴⁵, possibilitando-lhe estimular um indiciado a renunciar ao direito ao silêncio e a depor contra os cúmplices, em troca da garantia de redução ou isenção penal.

À vista disso, advém a expressão utilizada por Padovani referindo-se à técnica dos arrependidos como uma “suave inquisição”; o autor cita uma passagem de Carmignani que explicita a ideia de assimilação da colaboração processual à tortura, embora com sentido diametralmente oposto: “*non la minaccia, ma la speranza, non la violenza, ma la mitezza costituiscono il veicolo di penetrazione*”⁴⁶, transformando o imputado em cooperante no esclarecimento judicial dos fatos e, portanto, em meio de prova.

Estudo correlato no direito norte-americano, e que certamente serviu também de inspiração para a crítica formulada pelos autores italianos mencionados, já havia traçado paralelo entre o sistema jurídico penal estadunidense atual, amplamente sustentado no *plea bargaining*, e o sistema medieval europeu, embasado na tortura; partindo da constatação

⁴⁵ BERNASCONI, Alessandro. **La collaborazione processuale**: incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l’esperienza statunitense. Milano: Giuffrè, 1995. p. 9-11.

⁴⁶ PADOVANI, Tullio. La soave inquisizione: osservazioni e rilevi a proposito delle nuove ipotesi di “ravvedimento”. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, ano 24, nova série, fasc. 2, p. 529-545, apr./giug. 1981. p. 541.

dos altíssimos custos e risco de o acusado submeter-se ao *trial*; Langbein acaba por afirmar: “*Plea bargaining, like torture, is coercivos*”⁴⁷.

Tais distorções podem mesmo se projetar à dinâmica processual, a partir de reflexos concretos no plano da dialética entre acusação e defesa, fazendo com que o imputado, além de definir sua atuação sob a dualidade culpado/inocente, tenha também de incluir entre suas opções o dilema consistente em exercer de forma plena o direito ao silêncio e a rebater a acusação, em confronto que pode ser interpretado como justificativa para um tratamento sancionatório exacerbado; ou então efetuar a opção colaborativa, ante a perspectiva de ampliar as possibilidades no campo de benevolência⁴⁸.

No âmbito dessas preocupações, há também de se mencionar a quase inseparável subjetivação da *fattispecie* premial, pela presença, nas normas em questão, de elementos com elevado grau de incerteza, o que leva também a um tendencial descumprimento da exigência de determinação das normas penais⁴⁹. À relativa imprecisão na disciplina normativa dos requisitos para a concessão do benefício agrega-se um consequente aumento dos poderes discricionais, tanto do MP, como do juiz, ao valorarem a contraconduta processual, principalmente o resultado desse comportamento⁵⁰.

⁴⁷ LANGBEIN, John H. Torture and plea bargaining. In: MORAWETZ, Thomas (Ed.). **Criminal law**. Aldershot: Ashgate, 2001. p. 361-380. (The international library of essays in law & legal theory. Second series). p. 370.

⁴⁸ Giarda expõe o que seria uma preocupação de involução inquisitória verificada na prática; GIARDA, Angelo. Gli effetti indotti nel processo penale dalle norme sulla rilevanza del pentimento del reo. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, ano 27, fasc. 4, p. 1343-1346, ott./dic. 1984.

⁴⁹ FLORA, Giovanni. **Il ravvedimento del concorrente**. Padova: Cedam, 1984. p. 174-176.

⁵⁰ RIVA, Carlo Ruga. **Il premio per la collaborazione processuale**. Milano: Giuffrè, 2002. p. 455-456, segundo o autor não advém daí conclusão pela ilegitimidade constitucional, sob a consideração de que o princípio de precisão importa exigência de garantia do cidadão, mais do que de certeza do direito, motivo pelo qual as normas de favor toleram maior grau de imprecisão em comparação com as normas incriminadoras; além do que, na aplicação da pena: “*il principio di legalità deve convivere col principio di discrezionalità*”, cf. PULITANÒ, Domenico. Tecniche premiali fra diritto e processo penale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, ano 29, nova série, fasc. 4, p. 1005-1041, ott./dic. 1986. p. 1012.

Essas dificuldades em compatibilizar a *rádio* do juízo penal com matéria e lógica atinentes ao campo da investigação podem ter reflexos também sobre a atuação do MP, ao intensificar sua postura frente aos delatados recalcitrantes, ao mesmo tempo em que se afastaria da condição de acusador em relação ao colaborador. O agente da acusação ostentaria, no mesmo procedimento, a condição ambivalente de perseguidor dos acusados não colaboradores, e de arrimo da concessão do prêmio ao *pentito*, em relação ao qual a comprovação dos fatos perseguidos acaba por ser tributária⁵¹.

Tais preocupações possuem inegável sentido⁵² e recaem, em parte, no que será mencionado em seguida, acerca da necessidade de se instituírem alguns instrumentos que, a par do caráter não garantista, têm razão de ser enquanto indispensáveis ao enfrentamento de uma nova criminalidade marcada pela noção de emergência investigativa. A questão é se o preço cobrado pela técnica premial, em termos de praxis judiciária, e de todo o aparato de administração da justiça penal, justifica-se ante as imposições decorrentes de exigências advindas dos novos fenômenos delituais associativos.

6 BASE ARGUMENTATIVA FAVORÁVEL À COLABORAÇÃO: AS EMERGÊNCIAS INVESTIGATIVAS

Conforme aludido, a doutrina alemã costuma designar a fenômeno da complexidade na investigação, quando há falha no esclarecimento de determinados delitos, pela expressão *Ermittlungsnotstand*, que pode ser traduzida por “estado de necessidade de investigação” ou “emer-

⁵¹ DOMINIONI, Oreste. Diritto premiale e processo penale. In: SIMPOSIO DI STUDI DI DIRITTO E PROCEDURA PENALI, 7., 1983, Como. **Diritto premiale e sistema penale**: atti... Milano: Giuffrè, 1983. p. 170-178.

⁵² Inclusive autores amplamente favoráveis ao instituto, como Bernardi, que afirma tratar-se de uma redução de pena proporcional e justificada aos fins pretendidos, admitem os fundamentos da preocupação teórica, conferindo destaque ao dever do juiz de controlar minuciosamente a veracidade das declarações, cf. BERNARDI, Alberto. Dissociazione e collaborazione nei delitti con finalità di terrorismo. **Questione Giustizia**, Milano, n. 1, p. 1-19, 1982. p. 7.

gência investigativa”, locução indicativa de uma situação de impasse ou bloqueio na apuração persecutória de determinados delitos e de seus autores⁵³. Configurar-se-ia verdadeira impossibilidade de prosseguimento judicial com vista ao esclarecimento, em regra, da criminalidade mais grave, o que, por isso, identificaria também uma disfunção do sistema penal, uma falência ou lacuna quanto à sua funcionalidade: crimes de maior lesividade restariam sem esclarecimento pelos tradicionais meios de prova, o que exigiria a busca de instrumentos idôneos a melhorar ou aperfeiçoar a eficácia das investigações⁵⁴.

A situação da emergência investigativa manifesta-se atualmente de forma mais provável na criminalidade organizada, associativa ou difusa, tendo em vista as reconhecidas dificuldades probatórias dos tradicionais meios de investigação em alcançar algum efeito diante desses fenômenos criminais⁵⁵, principalmente por terem sido instrumentos apuratórios moldados sob a perspectiva do ilícito penal clássico, caracterizado pela estrutura individual da lesão, cometida por sujeito ativo individual a sujeito passivo também individualizado⁵⁶, levando autoridades responsáveis pela investigação e repressão a condicionar a

⁵³ PULITANÒ refere que possíveis razões justificadoras do recurso à colaboração para além do âmbito de reintegração da própria lesão seria “*una situazione di Ermittlungsnotstand: un blocco nelle indagini non altrimenti superabile con gli strumenti ordinari*”; PULITANÒ, Domenico. Tecniche premiali fra diritto e processo penale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, ano 29, nova série, fasc. 4, p. 1005-1041, ott./dic. 1986. p. 1038.

⁵⁴ RIVA, Carlo Ruga. **Il premio per la collaborazione processuale**. Milano: Giuffrè, 2002. p. 415 et seq.

⁵⁵ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 170; GOMES, Luiz Flávio, referindo-se à impunidade como característica criminológica, constata que, na realidade brasileira, o crime organizado está fora do controle penal, GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. **Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 64.

⁵⁶ MILITELLO, Vincenzo. Agli albori di un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato. In: ARNOLD, Jörg; MILITELLO, Vincenzo; PAOLI, Letizia (Org.). **Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale: forme di manifestazione, prevenzione e repressione in Italia, Germania e Spagna**. Freiburg Im Breisgau: Iuscrim, Max-Planck-Institut; Milano: Giuffrè, 2000. p. 3-62.

obtenção de resultados positivos no enfrentamento do crime organizado à adoção de métodos especiais de investigação e inteligência⁵⁷.

Após referir algumas das causas da inoperância dos meios tradicionais de averiguação do delito, dentre os quais a complexidade das organizações, a estrutura e divisão de tarefas, os meios técnicos e materiais disponíveis, os códigos de hierarquia e disciplina, a ausência, em geral, de vítimas individualizadas, os mecanismos de coerção e ameaça⁵⁸, García de Paz refere a premência de se legalizar métodos novos de esclarecimento de delitos oriundos da criminalidade organizada⁵⁹.

Essa é a questão: ante a constatação de obstáculo no esclarecimento e, por consequência, evitação de uma faixa de delitos com duradoura e intensa potencialidade lesiva, no mais das vezes inseridos na atuação contínua de associações criminosas, tais como as destinadas ao tráfico de drogas, de armas, terrorismo, crimes financeiros, e ainda corrupção do aparelho estatal, deve-se indagar qual deve ser a postura do Estado diante do impasse na perseguição penal de uma faixa da criminalidade pelos meios tradicionais.

Admitir a existência de uma dinâmica delitual em relação à qual os instrumentos usuais de apuração não conseguem, na maior parte das vezes, alcançar êxitos probatórios, impõe seguir-se adiante e questionar qual a resposta possível, no âmbito jurídico-constitucional, frente à insuficiência repressiva estatal. Em outras palavras: que caminho o Estado deve seguir perante a constatação de necessidades investigativas, ainda

⁵⁷ GASPAR, António Henriques. As acções encobertas e o processo penal: questões sobre a prova e o processo equitativo. In: MEDIDAS de combate à criminalidade organizada e económico-financeira. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 43-53.

⁵⁸ GREVI menciona a frequência com que se verifica, nos processos envolvendo organizações criminosas, o silêncio, a retratação ou a improvisação na reconstrução dos fatos com base em provas testemunhais, por condicionamentos externos de vários tipos, dentre os quais destaca o uso de violência, ameaça, ofertas ou promessas de recompensa em dinheiro ou de outra ordem; GREVI, Vittorio. Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio. In: _____. (a cura di). **Processo penale e criminalità organizzata**. Bari: Laterza, 1993. p. 28.

⁵⁹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. **La criminalidad organizada**: aspectos penales, procesales, administrativos y policiales. Madrid: Dykinson, 2005. p. 219. No mesmo sentido, entre outros: SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado**: procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003. p. 40-41.

mais quando se conclui que tal situação, mais do que de direito material, é um problema do processo penal e dos instrumentos de apuração⁶⁰.

6.1 ALGUMAS BALIZAS ÀS OPÇÕES ESTATAIS NO REFORÇO INVESTIGATIVO

Ao introduzir a questão, apontam-se algumas considerações de premissa, delimitando o âmbito possível de discussão do tema de modo a reduzir as possibilidades de má compreensão. Há inegavelmente garantias inafastáveis que em nenhuma hipótese podem ser cogitadas à relativização, mesmo que se esteja diante de consentimento do imputado, como são os casos de vedação de tortura ou outras formas e técnicas que possam importar coação física ou moral sobre o indivíduo.

Também há uma faixa de criminalidade de menor intensidade lesiva que deve ser tolerada, ficando alheia a qualquer tipo de justificação de reforço investigativo, exatamente por não importar maior repercussão social, e cuja ausência de esclarecimento decorre menos da inidoneidade dos meios tradicionais de investigação a exigir reforço nessa seara, do que de uma real impossibilidade de o Estado esclarecer e reprimir todos os delitos. Há, inclusive, relevantes posicionamentos doutrinários afirmando que uma ampla eficácia repressiva, direcionando-se a pôr fim à chamada cifra negra, a par tratar-se de objetivo inatingível, acabaria por provocar a absoluta paralisia do sistema penal ante a óbvia e invencível carga de trabalho que daí redundaria ao sistema repressivo judiciário⁶¹.

Outra distinção tem grande relevância no estabelecimento de uma política criminal racional e adequada ao enfrentamento do problema que se propõe, basicamente, por influenciar decisivamente nos instrumentos a se recorrer. Há uma grande parcela da manifestação criminógena nos dias atuais e que acaba por resultar em afetação direta da sociedade

⁶⁰ BACIGALUPO, Enrique. **El debido proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p. 210-211.

⁶¹ FORTI, Gabrio. Tra criminologia e diritto penale: brevi note su “cifre nere” e funzione generalpreventiva della pena. In: MARINUCCI, G.; DOLCINI, E. (Coord.). **Diritto penale in trasformazione**. Milano: Giuffrè, 1985. p. 53-74. Em sentido análogo: PALIERO, Carlo Enrico. Il principio di effettività del diritto penale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, ano 33, fasc. 2, p. 430-544, apr./giug. 1990.

levando ao reclame por mais controle estatal na tarefa de investigação e repressão que é a criminalidade de massa, a qual se relaciona, mais proximamente, com roubos, furtos e agressões retratadas no dia a dia das comunidades e que se catalisam em reivindicação aos responsáveis pela segurança pública por mais eficiência na prevenção e repressão⁶².

Os dispositivos de reforço investigativo, reclamados como aparentemente necessários frente ao fenômeno da *Ermittlungsnotstand*, foram concebidos e têm razão de ser enquanto destinados ao enfrentamento das novas manifestações da criminalidade que trazem consigo exatamente essa noção de emergência investigativa. Não se cogita de diminuição nos direitos e garantias fundamentais de defesa dos réus em processos dessa natureza, mas sim em limitar o recurso às novas técnicas apuratórias apenas às necessidades frente as quais elas foram concebidas, ou seja, quando se verifique bloqueio investigativo pelos métodos tradicionais.

Abordagem adequada de enfrentamento do conjunto de infrações penais verificadas no dia a dia e que compreendem a chamada criminalidade de massa, mediante estratégias de segurança pública inseridas em estudos de política criminal, portanto exigindo preferencialmente combate pela prevenção, policiamento ostensivo e implemento de trabalho social e de inserção econômica dos desfavorecidos⁶³, permitirá que se coloque a importância ou as exigências de controle à criminalidade associativa no padrão mais consentâneo com a sua necessidade⁶⁴.

6.2 A NECESSIDADE DE TUTELA “SUFICIENTE”

A resposta ao questionamento introduzido anteriormente quanto à postura do Estado ante o bloqueio na investigação seria ainda mais custosa acaso se permanecesse diante da ideia de que as agressões aos direitos e liberdades individuais advêm, fundamentalmente, dos poderes públicos,

⁶² HASSEMER, Winfried. **A segurança pública no estado de direito**. Lisboa: AAFDL, 1995. p. 91 et seq.

⁶³ Pode incluir-se também o processo de erosão das normas sociais, que leva o estado a reagir com vistas a substituir ou sustentar as normas desaparecidas ou enfraquecidas, cf. HASSEMER, Winfried. Limites da intervenção penal em tempos de terrorismo. **Lusíada: direito**, Lisboa, série II, n. 4/5, p. 196, 2007.

⁶⁴ Idem. **A segurança pública no estado de direito**. Lisboa: AAFDL, 1995. p. 92.

estabelecendo, portanto, como única relação possível entre direito constitucional e poderes persecutórios estatais a de limitação, de contenção estatal, de modo a preservar os direitos do homem da potestade punitiva do Estado; o que foi considerado por Mantovani, em tom de crítica, como uma relação unidimensional da constitucionalística tradicional com o direito penal, cujo corolário refletiu-se no garantismo penal unilateral⁶⁵.

Desenvolve-se já revisão crítica ampliando a convivência entre direitos individuais e direito penal a partir da constatação de que nem sempre provém do Estado o risco às liberdades humanas, havendo um campo da criminalidade atual, qualificada pela dimensão difusa da lesão, para a qual não é exagero exigir-se atuação estatal de repressão em defesa de direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos⁶⁶.

De qualquer modo, parece não haver nessa constatação nenhuma novidade, bastando mencionar as bases do contratualismo dos tempos da Ilustração⁶⁷, assentadas na ideia de ser o homem livre por natureza, o qual, no entanto, para não se submeter aos riscos inerentes ao estado de natureza selvagem, consente abrir mão de parcela da sua liberdade plena mediante acordo originário da sociedade política, delegando ao governo civil a atribuição de proteger sua vida, segurança e liberdade, devendo o Estado garantir o exercício das liberdades individuais até o limite da preservação dos direitos dos demais⁶⁸.

⁶⁵ MANTOVANI, Ferrando. La criminalità: il vero limite all'effettività dei diritti e libertà nello stato di diritto. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, ano 46, n. 3, p. 707-719, luglio/sett. 2003.

⁶⁶ Nesse sentido, Vieira de Andrade refere que “muitas das normas de direito penal, bem como as que regulam a intervenção policial passaram a ser vistas com outros olhos, da perspectiva do cumprimento de um dever de proteção, no contexto de um processo de efetivação das normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais”; ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 147.

⁶⁷ Em sentido análogo, FELDENS, Luciano. O dever estatal de investigar: imposição decorrente dos direitos humanos e fundamentais como imperativos de tutela. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Limites constitucionais da investigação**. São Paulo: RT, 2009. p. 230.

⁶⁸ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 132-133.

6.2.1 DEVERES ESTATAIS DE PROTEÇÃO

Está entre as mais relevantes elaborações nos Estados sociais e democráticos de Direito do pós-guerra a noção de que, para além de sua dimensão subjetiva, os direitos fundamentais constituem um sistema objetivo de valores que legitima a ordem jurídico-constitucional do Estado⁶⁹; não se limitando à função de defesa do indivíduo frente medidas interventivas do poder público, os direitos fundamentais constituem decisões valorativas básicas com repercussão em todo o ordenamento jurídico como diretrizes objetivas essenciais à atuação dos poderes estatais⁷⁰.

Reconhecida e afirmada a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, no que parece haver algum consenso, pode-se, ao menos nos limites restritos do presente estudo, passar ao largo das controvérsias a respeito do conteúdo e desdobramentos específicos da perspectiva objetiva para focalizar uma linha de concretização geralmente aceita como tradução jurídica advinda da concepção objetiva dos direitos fundamentais: o dever estatal de proteção⁷¹.

Os deveres de proteção se traduzem em dever de o Estado assegurar a proteção de bens jurídicos por meio de medidas legislativas e operacionais, portanto exigindo uma ação positiva estatal⁷². Essa concepção é trasladada ao processo de forma mais elaborada a partir da ideia de que a realização e asseguramento dos direitos fundamentais dependem das regras de organização e procedimento, e essas, por sua vez, são influenciadas pelos direitos fundamentais, de modo que, se as disposições

⁶⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 57.

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 140.

⁷¹ NOVAIS, op. cit., p. 79.

⁷² BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 49 et seq. Concorde-se com o autor na consideração de que a existência de um dever geral de proteção aplicável a todos os direitos fundamentais afigura-se como obviedade jurídico-constitucional, podendo-se citar, por ex., o art. 144 da CRFB ao disciplinar que a segurança pública é um dever do Estado.

processuais não forem adequadas, pode ser afetada a própria validade efetiva dos direitos fundamentais⁷³.

Os chamados deveres de proteção do Estado adquiriram maior consistência dogmática a partir da concepção do princípio da proporcionalidade com uma dupla face ou dupla perspectiva. Para além de postulado de controle da ilegitimidade decorrente do excesso estatal (proibição de excesso), o princípio destina-se também a aferir a inconstitucionalidade quando esta advier de proteção insuficiente de um direito fundamental⁷⁴, falando-se então em uma proibição de insuficiência, que, segundo Bernal Pulido, refere-se à estrutura que o princípio de proporcionalidade adquire na aplicação dos direitos fundamentais de proteção⁷⁵.

Deve ficar claro não se estar pretendendo concluir que o instrumento da colaboração premiada possa ser exigido, imposto, a partir da noção advinda da relação das normas constitucionais também como fundamento do direito penal; não há mesmo nexo imediato entre os deveres estatais de proteção adequada de bens jurídicos, ou mesmo de prevenção e repressão de crimes, e a imposição de se estabelecerem as novas técnicas de investigação, dentre as quais se destaca os *pentiti*. Tampouco se pode pretender advenha da segunda versão do princípio da proporcionalidade como proibição de insuficiência alguma qualquer possibilidade de controle de abstenção legislativa em vista da não adoção da colaboração premiada para fazer frente à criminalidade associativa.

Há, por certo, uma reconhecida margem discricionária de conformação do legislador ordinário na realização da função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela⁷⁶. Conforme adverte Canaris, mesmo

⁷³ Cf. HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 270, 288.

⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e constituição: da proibição de exceso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. 80, p. 303-345, 2004.

⁷⁵ BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: CEPC, 2007. p. 807.

⁷⁶ Na proibição de insuficiência o que está em questão é a imprescindibilidade da lei, ou seu aprimoramento pela introdução de novas medidas; deste modo há um amplo espaço de conformação ao legislador no âmbito dos deveres de proteção BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 65.

reconhecendo-se que um dever estatal de tomar medidas ineficazes não tenha sentido, existe distinção entre o dever de proteção, que trata do “se” da proteção, ou seja, se ela existe constitucionalmente; e a proibição de insuficiência, que diz respeito ao “como” se deve proceder a proteção, pois a “constituição impõe (apenas) a proteção como resultado, mas não a sua conformação específica”⁷⁷.

Faz-se a referência como pretensão argumentativa dos índices normativos concebíveis ante uma situação de impasse na investigação, ao menos para superar uma tendência a ver no controle pelo princípio da proporcionalidade, portanto filtro constitucional, um norte restrito à vedação de excesso de intervenção, à limitação do direito penal. Admitir a existência da imposição constitucional da tutela jurídico-penal de direitos fundamentais, ou seja, de que a Norma Fundamental estatui deveres de proteção estatal, a qual muitas vezes passa pelo indispensável recurso a tutela penal, importará ter em consideração, na resposta ao problema apresentado, uma linha interpretativa que receba influência igualmente desse contexto valorativo dos direitos fundamentais representado pela proibição de proteção jurídico-penal deficiente.

A compreensão dos direitos fundamentais como determinantes do estabelecimento de uma ordem objetiva de valores que, como tal, se estende por todos os campos do Direito, leva a que o raciocínio jurídico a respeito dos problemas suscitados deva ser influenciado por este contexto valorativo, pelo seu conteúdo axiológico. As normas conformadoras de deveres de proteção jurídico-penal projetam-se sobre o conjunto do ordenamento judicial e abarcam toda a legislação infraconstitucional, de modo que tal interpretação conforme a Constituição atua sobre a completude da relação jurídica envolvida pelo Direito Penal, “abrangendo, por consequência, o plano processual”⁷⁸.

⁷⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 122-123.

⁷⁸ FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 53. A respeito da relação entre o caráter objetivo dos direitos fundamentais, os deveres de proteção e a conformação adequada do processo penal, BALTAZAR JUNIOR, op. cit., p. 162 et seq.

Retomando o ponto de partida da análise, a questão se colocou a partir da constatação da existência de emergências investigativas decorrentes de impasse na persecução penal, fazendo com que se deva refletir, com base no conjunto do ordenamento jurídico, e nos princípios constitucionais, a respeito das alternativas possíveis ao Estado frente a essa situação⁷⁹. A assunção da existência de deveres estatais de prevenção de crimes com substrato constitucional deve ser acolhida, ao menos, como um indicativo importante apontando para resposta que não parece passar pela indiferença do aparelho repressivo estatal ante o fenômeno da emergência investigativa quando envolvendo delitos de especial gravidade.

7. O RECURSO À MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE

A descrição feita das bases argumentativas em contradição no tema da colaboração premiada, ainda que guiada pela refutabilidade das hipóteses de inconstitucionalidade, busca evidenciar a tensão subjacente à utilização de coautor como fonte de prova no interesse da investigação.

A constatação do tensionamento do instrumento dos arrendidos com alguns princípios constitucionais, mormente pela possível distorção da dinâmica processual e dos papéis da acusação e defesa, não induz necessariamente ao reconhecimento da ilegitimidade das normas reguladoras do benefício; mas sim ao imperioso juízo de concordância prática com vista a apreciar a compatibilização possível do instrumento, tendo em conta a assunção prévia da ideia de que a dogmática constitucional deve ser como o líquido onde os conceitos mantêm sua individualidade e coexistem sem choques destrutivos, *“sin que jamás un solo componente pueda imponerse o eliminar a los demás”*⁸⁰.

⁷⁹ Preocupação manifestada, por exemplo, pelo Conselho Europeu em 11.12.2009, já na vigência do Tratado de Lisboa, tendo por base o Programa de Estocolmo: *“occorre sviluppare una strategia di sicurezza interna che migliori la sicurezza nell’Unione e protegga in tal modo la vita e l’incolumità dei cittadini europei e che affronti la criminalità organizzata, il terrorismo e altre minacce”*. CONSIGLIO EUROPEO. **Conclusioni**. Disponível em: <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/it/ec/111895.pdf>. Acesso em 28 março 2011.

⁸⁰ ZAGREBELSKY, op. cit., p. 17; o autor expõe que, neste espaço de oscilação fluido, as tentativas de prevalência de uma das visões destinadas a imprimir ao Estado orientação em um ou outro sentido não é mais problema da ciência constitucional, mas sim da política constitucional.

Acolhe-se a ideia do princípio da proporcionalidade como um procedimento argumentativo norteador, um guia instrumental destinado a esboçar os lindes constitucionais dentro dos quais o legislador se pode mover no exercício de seu desiderato de reforçar a tarefa de esclarecimentos de delitos, mediante a inserção legislativa de novos meios investigativos. A questão é se a previsão legal de reforço na persecução penal de crimes mediante o instrumento embasado em colaboração premiada atende ou não as três máximas parciais da proporcionalidade.

7.1 ADEQUAÇÃO DO RECURSO À COLABORAÇÃO PREMIADA

A questão a ser abordada é se a colaboração premiada é medida idônea a produzir resultados concretos na resposta estatal no âmbito das atuais manifestações criminosas caracterizadas exatamente pelas dificuldades probatórias. A resposta deve ser afirmativa, mormente pela consideração da não exigência de intensa causalidade positiva entre a medida e a sua finalidade, bastando o juízo positivo quanto à presumível causalidade da medida a promover seu escopo.

Parece não haver maiores dúvidas de que o meio apresenta-se idôneo, *a priori*, ao atingimento do objetivo de reforço nas técnicas investigativas e na coleta de provas. Após destacar a imperatividade de a legislação prever intervenções distintas e amoldadas, sobretudo a complexos fenômenos criminais de maior gravidade e dificuldade apurativa, indo além da simples majoração de penas, Stella enfatiza a adequação do instrumento dos arrependidos, destacando não tanto seus efeitos no plano investigativo comprobatório, mas dando ênfase ao estímulo a posturas individuais contrárias aos interesses da associação criminal, possibilitando surjam importantes motivos de desconfiança e fraturas internas na coesão da organização, pelo que “*risponde ad una saggia politica criminale*” a promessa de benefício no plano da apenação, de modo a favorecer a colaboração dos *pentiti*⁸¹.

⁸¹ STELLA, Federico. La tutela penale della società. In: MARINUCCI, G.; DOLCINI, E. **Diritto penale in trasformazione**. Milano: Giuffrè, 1985. p. 81 et seq.

Ruga Riva considera igualmente não existir maiores contestações quanto à idoneidade do instrumento, ao menos abstratamente falando, a contribuir na promoção da finalidade de superar ou atenuar o fenômeno da *Ermittlungsnotstand*⁸²; no que Flora parece assentir ao destacar as razões de política criminal e a premência de maior eficácia no enfrentamento das organizações criminais como justificativa da colaboração premiada⁸³. Ademais, chega-se a dizer que a potencialidade do instituto em servir como veículo de desagregação dos fenômenos delituosos de característica associativa, agregaria no enfrentamento como elemento não estranho à própria lesão correlata ao crime associativo⁸⁴.

Nesse ponto, Fassone vai um pouco mais além ao propor um inventário, muito resumido, dos meios de prova tradicionais com vistas a sustentar a ideia de que a refutação de tal instrumento de investigação importaria abandono das chances de alguma resposta eficaz às modernas associações delituosas.

Parte da consideração de que, inexistindo flagrante, os meios de prova empregados são essencialmente quatro: documentos, os quais, de regra, não são deixados ou produzidos pelas organizações criminais; interceptações telefônicas, que tendem a se esgotar, pelos perigos constatados nessa forma de comunicação; os dados bancários e patrimoniais, que igualmente se vão convertendo em circuitos paralelos de difícil rastreamento e ligação com os titulares; e as declarações de testemunhas,

⁸² RIVA, Carlo Ruga. **Il premio per la collaborazione processuale**. Milano: Giuffrè, 2002. p. 519, na análise restrita ao ordenamento italiano, o autor considera largamente superadas as dúvidas quanto à eficácia do prêmio pela colaboração processual no alcance de seu escopo, constatação que também estende ao sistema de *common law*; embora reconheça que o mesmo não possa ser afirmado em relação a outros ordenamentos, nos quais não lograram estimular, quantitativamente, condutas colaborativas, cf. p. 529-532.

⁸³ FLORA, Giovanni. **Il ravvedimento del concorrente**. Padova: Cedam, 1984. p. 225.

⁸⁴ BRICOLA, Franco. Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale. In: SIMPOSIO DI STUDI DI DIRITTO E PROCEDURA PENALI, 7., 1983, Como. **Diritto premiale e sistema penale**: atti... Milano: Giuffrè, 1983. p. 132-133. Seminara chega a considerar ser imprescindível o recurso aos colaboradores no âmbito dos Estados democráticos, de modo a permitir conhecimento do interior das organizações criminais; SEMINARA, Luigi. La chiamata di correo nell'ambito delle associazioni criminali. In: NEUBURGER, L. de Cataldo (Coord.). **Chiamata in correità e psicologia del pentitismo nel nuovo processo penale**. Padova: Cedam, 1992. p. 57.

em face das quais se veem dissuasões, corrupções, ameaças expressas ou veladas, decorrentes da própria estrutura delituosa, tornando quase impotente essa fonte probatória⁸⁵.

Parece não haver, substancialmente, maior controvérsia quanto ao fato de que tal elemento de apuração ostenta fundamental relevância, por advir de pessoa em posição privilegiada e com condições de saber quem faz o quê na organização, em particular permitindo identificar os homens-chave na hierarquia interna das operações delituosas *“in such a way as to enable them to be convicted of crimes for which they would otherwise escape justice”*⁸⁶.

Algumas dessas considerações conclusivas a respeito da máxima da adequação, pela expressividade no tema e significância na equação do princípio da proporcionalidade, poderiam ser retomadas posteriormente, sobretudo no item seguinte. De qualquer modo, feita essa advertência, tentar-se-á, dentro do possível, evitar a repetição, sem descurar de sua projeção mais abrangente ora sinalada.

7.2. A NECESSIDADE DO RECURSO À COLABORAÇÃO PREMIADA

A referência inaugural do raciocínio empreendido na máxima da necessidade será o meio escolhido para satisfazer a finalidade oriunda do princípio cuja promoção o Estado priorizou; no que pertine ao objeto do presente estudo, o meio eleito é a colaboração premiada, a finalidade é o reforço na investigação e esclarecimento judicial de uma parcela da criminalidade; e o princípio valorizado relaciona-se com a segurança e o interesse na eficácia estatal na repressão de crimes graves. Nessa primeira etapa da análise do subprincípio da necessidade, o instrumento dos *pentiti* poderia ser reputado inconstitucional acaso se concluísse pela existência de outra técnica de investigação seguramente mais apta, mais

⁸⁵ FASSONE, Elvio. Il processo penale e la valutazione dell’apporto probatorio del chiamante in correità. In: NEUBURGER, L. de Cataldo (Coord.). **Chiamata in correità e psicologia del pentitismo nel nuovo processo penale**. Padova: Cedam, 1992. p. 104.

⁸⁶ BONNER, David. Combating terrorism: supergrass trials in Northern Ireland. **The Modern Law Review**, Oxford, v. 51, n. 1, p. 23-53, Jan. 1988. p. 32.

idônea, sob todas as perspectivas, ao alcance do fim proposto. Superada essa questão, a reflexão prossegue e passa a enfocar o princípio restritivo pela medida estatal adotada, e então se deve averiguar se eventual outro meio disponível e igualmente adequado não é menos agressor aos interesses localizados no plano da liberdade individual; acaso a resposta seja positiva, a conclusão é pela desnecessidade ou dispensabilidade da colaboração premiada.

É possível constatar que a avaliação, muitas vezes, não será tão linear, mas sim muito mais complexa do que a simples comparação entre dois meios igualmente idôneos e dois princípios em tensão. Têm-se, na prática, muitas situações em que se verifica um complexo de relações meio/fim, ou constelações complexas, nas quais há alternância na eficácia dos meios e variações na agressividade, quando, por exemplo, a medida eleita seja mais eficaz, porém mais restritiva, ou quando há mais interesses em jogo nos polos da relação, ou então quando seja impossível definir *a priori* e abstratamente qual dos meios hipoteticamente disponíveis é o mais adequado à promoção do fim.

É o que ocorre na situação em análise, o Estado visa a promover o fim de reforço investigativo gradualmente e mediante o recurso a um conjunto de medidas que, consideradas isoladamente, muito provavelmente não lograriam o objetivo almejado, mas que podem colaborar de fato para o avanço progressivo na direção pretendida. O fenômeno que a colaboração premiada pretende enfrentar, embora com algumas características, ao menos numa abordagem dogmática, constantes, apresenta enorme variação quando abordadas na realidade fática, pela dinâmica altamente variável das manifestações concretas de organismos criminais mais ou menos estáveis, tanto na ordenação interna, quanto na estrutura e métodos de atuação.

Nesse raciocínio de comparação entre meios adequados à consecução do fim pretendido, pode-se, por exemplo, referir a figura do agente infiltrado, técnica investigativa destinada também à obtenção de maior eficácia na luta contra a criminalidade associativa, em face da infiltração de agentes de polícia na própria estrutura criminoso. Tal medida configura-se, ao menos em tese, como meio tendentemente mais eficaz na investigação e coleta de provas da atuação de associações criminais; no entanto, parece, igualmente, não restar dúvidas de que se trata de meio

mais agressor não só aos direitos individuais dos investigados⁸⁷, mas ao próprio conjunto do ordenamento jurídico, a partir da autorização para que agente do poder público possa cometer delitos em prol da investigação.

Vê-se, à partida, que a medida embasada no agente infiltrado é mais lesiva ao complexo da constelação referente aos direitos de liberdade⁸⁸, mas também terá, hipoteticamente, maior eficácia do que a colaboração processual no resultado concreto almejado de fornecer amplo diagnóstico da forma de atuar da associação criminosa, identificação de crimes e co-autores ao longo do tempo⁸⁹, sem que tais informações advenham de pessoa interessada em obter benefício no âmbito da apenação. No entanto, a dinâmica da atuação criminosa, pelo reduzido número de participantes, pelos vínculos mais arraigados, ou mesmo pelo longo tempo que o agente de inteligência levaria para conquistar a confiança dos investigados, pode fazer com que o recurso ao agente encoberto seja inócuo ou inadequado aos objetivos propostos.

Pretende-se explicitar que não há como definir antecipadamente qual dos instrumentos investigativos hipoteticamente disponíveis para o reforço investigativo será mais eficaz na busca de provas. Somente a detalhada e progressiva avaliação do fenômeno criminal específico que se quer enfrentar é que permitirá algum tipo de conclusão ou indicação acerca da técnica investigativa concretamente mais idônea ao fim pretendido.

Deste modo, tratando-se da inserção de medidas de reforço investigativo, apenas nas situações em que se possa constatar antecipadamente a manifesta excessividade que os efeitos concretos do meio escolhido terão sobre outros princípios e interesses em jogo é que se poderia afirmar, à partida, a desnecessidade da medida. Está-se, nesse momento da análise, no âmbito da generalização inerente às leis, tendo em vista a

⁸⁷ DELGADO MARTÍN, Joaquín. El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto. In: PICO I JUNOY, Juan (Coord.). **Problemas actuales de la Justicia Penal**: los juicios paralelos, la protección de los testigos, la imparcialidad de los jueces, la criminalidad organizada, los juicios rápidos, la pena de multas. Barcelona: Bosch, 2001. p. 91-132.

⁸⁸ E nesse sentido, a própria interceptação telefônica poderia ser considerada, ao menos na perspectiva do colaborador, mais invasiva, uma vez que não encontra a adesão do titular do direito fundamental atingido.

⁸⁹ A Corte europeia de direitos do homem já afirmou que, respeitados determinados limites e condições, a técnica de investigação assentada em agente policial infiltrado é admissível, cf. Caso Ramanauskas vs. Lituânia, STEDH nº 74420/01, par. 54, de 05.02.2008.

impossibilidade de se alcançarem todos os matizes da variada gama de situações empíricas a que o legislador pretende atingir, logo o controle em abstrato da necessidade da medida também deve situar-se no mesmo nível de generalidade, observando se, na média dos casos possíveis, a medida viola a exigência da necessidade⁹⁰.

Ao exame comparativo abstrato da necessidade da medida, todavia, deve seguir-se o controle em concreto, ante uma estrita observância das circunstâncias específicas do caso de modo a verificar se a medida legislativa de reforço na investigação era, de fato, entre os meios adequados ao enfrentamento do problema, o de menor afetação negativa aos direitos fundamentais. A aplicação do subprincípio da necessidade em dois níveis colabora no sentido de evitar o desmerecimento desta etapa da valoração de proporcionalidade.

Está-se, provavelmente, projetando um raciocínio de *lege ferenda*, uma vez que as sucessivas legislações admitindo o recurso à colaboração premiada não previram o controle da necessidade da medida, ao contrário do que ocorre, por exemplo, em relação à interceptação telefônica, cuja necessidade deve ser aferida caso a caso pelo juiz competente, não sendo admitida quando a prova possa ser feita por outros meios⁹¹.

Ainda que o raciocínio em desenvolvimento no capítulo refira-se à legitimidade em abstrato da previsão normativa do prêmio, parece não ser difícil concluir que a legislação deveria confiar a análise da imprescindibilidade em concreto da medida ao juiz competente, o que remete a uma possível interpretação constitucional restritiva do âmbito de aplicação das hipóteses legais de uso do *pentiti* não só ao fenômeno da criminalidade associativa, mas à manifestação, em concreto, de uma situação de emergência investigativa que indique a necessidade da medida⁹².

⁹⁰ LOPERA MESA, Gloria Patricia. **Principio de proporcionalidad y ley penal**. Madrid: CEPC, 2006. p. 442.

⁹¹ A Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, além do inc. II do art. 2º, reitera no art. 4º a indispensabilidade da demonstração da necessidade da medida à apuração da infração penal.

⁹² O Tribunal constitucional alemão, ao apreciar a constitucionalidade de medida investigativa consistente em infiltração secreta de um sistema de tecnologia da informação, reconheceu a adequação e necessidade, em tese, da medida, mas acrescentou, entre outras ressalvas, a importância da reserva de ordem judicial; ALEMANHA. Sentenças do Tribunal Constitucional Federal. **BVerfG, 1 BvR 370/07**. 27 de fevereiro de 2008. Disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20080227_1bvr037007.en.html>. Acesso em: 01 ago. 2010.

7.3 PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Ao se questionar se há ou não proporcionalidade na medida adotada, o primeiro esclarecimento é saber se esta máxima parcelar exige a escolha do meio mais proporcional, ou apenas que o meio não seja desproporcionado. Novais refere a prevalência da posição que exige somente não ser admissível a adoção de meio desproporcional, sem que se imponha ao legislador a escolha da medida mais adequada ou proporcional entre as possíveis⁹³.

Para complementar a análise com base na máxima da proporcionalidade, depende-se ainda de aferir quais os bens jurídicos que estarão sendo cotejados pela adoção da medida investigativa, isso porque pode-se, por exemplo, estar diante de membro de suposta associação criminosa com indícios de atuação destacada, inclusive de liderança no bojo da organização, ao qual se cogite a concessão do prêmio apenas por colaboração fornecida em relação a resultados investigativos obtidos quanto a crimes de menor gravidade. Assim é que, se os crimes objeto da investigação são, por exemplo, contra o patrimônio, no exemplo de organização voltada a lesar o patrimônio público, não se poderá pretender, ante um juízo de ponderação, atribuir prêmio a agente colaborador com possível envolvimento em atividades de extermínio que tenha cometido crimes graves contra a vida.

A proporcionalidade exige que a medida estatal persecutória não possa ser desproporcional à gravidade dos motivos que a justifiquem; os bens jurídicos a serem salvaguardados pela técnica premial devem ser de valor ao menos igual aos bens jurídicos tutelados: o que não se verifica quando, para permitir o esclarecimento de crimes de furto ou roubo, concedam-se benefícios penais em relação a sujeitos de atividades criminosas que tenham cometido delitos de homicídio, pela evidente desproporção entre os bens jurídicos em jogo.

A comparação entre a relevância da intervenção e a importância da realização do fim perseguido pela norma legal resultará em uma regra de precedência condicionada, tendo em vista que o elemento normativo

⁹³ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 759.

ao qual se dará prioridade não passa, em razão disso, a ocupar posição hierárquica superior na ordem jurídica, somente determina a solução para o caso concreto e para outros supervenientes que sejam idênticos ou, ao menos, análogos⁹⁴. Daí resulta que, estando alteradas as peculiaridades fáticas das quais decorreram a regra de precedência condicionada, a solução assentada no princípio da proporcionalidade provavelmente será outra, pelo menos dever-se-á proceder novamente com o juízo de ponderação, desta vez tendo em conta a situação específica que enseja a necessidade de sopesamento.

Deste modo, se por um lado os princípios da necessidade e adequação condicionam a legitimidade do recurso aos arrependidos como instrumento investigativo restrito apenas ao enfrentamento de crimes graves cometidos no bojo de criminalidade associativa estável e estruturada, em relação à qual se agregue a conclusão da existência de emergência investigativa, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito estabelece a imposição de um juízo de proporção entre os bens jurídicos tutelados pelos tipos penais investigados e os crimes cometidos pelo arrependido, no sentido de que os delitos que se deixam de punir, ou sofram redução de apenação, não podem ser de maior gravidade do que os crimes que se pretendem esclarecer a partir do recurso à colaboração.

CONCLUSÕES PARCIAIS A RESPEITO DA COMPATIBILIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Levando em conta a questão mencionada acerca da incorporação de instrumentos de repressão no ordenamento jurídico, como decorrência de novos desafios das sociedades pós-industriais, há que se tomar uma posição consciente e racional levando-se em conta o contexto no qual os dispositivos de reforço investigativo, em alguma medida autoritários, por tensionarem com direitos e liberdades fundamentais, foram concebidos e têm razão de ser, uma vez que destinados ao enfrentamento das novas manifestações da criminalidade que trazem consigo a noção de emergência investigativa.

⁹⁴ BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: CEPC, 2007. p. 793.

Perpassa essa discussão uma questão de maior amplitude, e não apenas contemporânea, de se definir, até como premissa, se o sistema penal globalmente considerado deve ou não avançar de modo a conseguir enfrentar desafios decorrentes de novas manifestações da criminalidade. Acaso se sustente que o sistema penal não poderia sofrer influxos das transformações sociais e econômicas, da alteração nas relações interpessoais, dever-se-ia, por coerência, concordar com a afirmação de que se estaria ainda hoje lidando com o aparelho penal concebido na fase pré-industrial, da época anterior à urbanização provocada pela revolução industrial.

Ao longo do século dezenove foi possível verificar, principalmente recorrendo a estudos desenvolvidos pelos norte-americanos⁹⁵, o que representou, em termos numéricos e qualitativos nas manifestações delituosas, as radicais alterações na estrutura socioeconômica. A passagem de uma sociedade praticamente assentada em bases rurícolas, com reduzidos aglomerados urbanos, para uma organização social pós-revolução industrial, ao que se somou o maciço aumento da imigração, levou em algumas décadas a se conviver com os desafios decorrentes dos grandes centros urbanos.

À intensificação das manifestações criminógenas seguiu-se, sobretudo, alteração na natureza dos delitos cometidos, fazendo com que os tradicionais mecanismos de controle social, que tinham grande influência sobre a organização e manutenção da ordem, inclusive coercitivamente, como eram o caso dos três pilares da velha tradição camponesa e protestante consistentes na igreja, família patriarcal e *neighborhood*, não mais representassem nada em termos de regulação dos conflitos da recente sociedade industrial urbanizada⁹⁶.

⁹⁵ O contexto estadunidense auxilia sobremaneira nessa verificação de comparação histórica da passagem de uma sociedade eminentemente rurícola, para uma nova realidade de industrialização e dos grandes centros urbanos, organização americana colonial, rurícola e orientada tradicionalmente por agentes de controle social, em poucos anos, passou por um processo de industrialização que levou o país à condição de maior economia mundial.

⁹⁶ FANCHIOTTI, Vittorio. Origini e sviluppo della “giustizia contrattata” nell’ordinamento statunitense. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, ano 27, nova série, fasc. 1, p. 56-101, genn./mar. 1984. p. 71.

Os resultados desse fenômeno e das transformações sociais e econômicas dele decorrentes são muito nítidos no sistema penal e em toda a organização judiciária. Verificaram-se profundas alterações na concepção do sistema penal, a par da multiplicação na existência de novas figuras delituosas, a estrutura americana passou de um modelo tradicional de “*common law crime*” para um de “*statute-crime*”, no qual o poder de definir figuras delitivas migrou do juiz para o legislador, mediante a tipificação dos crimes em normas penais⁹⁷.

Atualmente convive-se em uma sociedade pós-industrial, de ampla produção econômica empresarial e financeira, com técnicas avançadas de comunicação e de informatização que, de algum modo, trouxe também repercussão sobre os fenômenos delituosos, seu aperfeiçoamento, e a forma de enfrentá-los. Trata-se de reconhecer as consequências de novo fenômeno, assentindo com a existência de prejuízos no âmbito das relações privadas e públicas, dentre os quais a necessidade de lidar com recentes instrumentos apuratórios como resposta a modernas manifestações da criminalidade.

A colaboração premiada inclui-se no preço a pagar, nos custos da evolução dos fenômenos sociais, daí a importância de se estabelecer os lindes possíveis do recurso aos instrumentos de reforço na investigação, em intento mais balizador e menos apologético. A exposição feita leva a que se conclua pela exclusão da técnica investigativa dos arrependidos como instrumento ordinário de política criminal, o que não significa eliminá-la por completo em todas as hipóteses, mas sim concebê-la como instrumento adequado, em situações excepcionais nas quais, à emergência investigativa, agregue-se constatação de especial gravidade, de risco ao meio social a ponto de que não se possa admitir renúncia à reação estatal.

A situação de exigência na concretização de um dever de proteção minimamente eficaz por parte do Estado se maximiza na criminalidade associativa, em relação à qual já foi reconhecida quase que uma impos-

⁹⁷ Faz-se intencional simplificação, em face do objeto do estudo, pois as transformações são bem mais profundas, bastando-se citar o uso da detenção como sanção generalizada, ao contrário da época colonial na qual se convivia com penas como restituição, ressarcimento por valores superiores, multa e mesmo na “venda” do condenado como *servant* por período definido. Para uma visão mais ampla, vide FANCHIOTTI, op cit.

sibilidade prática de o Estado superar o bloqueio na resposta judiciária⁹⁸, o que leva a que a alternativa de estímulo à colaboração com a justiça seja uma das únicas medidas eficazes⁹⁹. Essas noções são fundamentais na análise da compatibilidade possível do prêmio com princípios constitucionais, por isso pode-se afirmar que a limitação do recurso como instrumento investigativo apenas a uma faixa restrita de criminalidade não significa apenas exigência de natureza político-criminal, mas sim imposição condicionante da legitimidade da utilização dos arrependidos diante de um juízo de ponderação e balanceamento constitucional dos princípios em latente colisão¹⁰⁰.

A necessidade de intervenções estatais diferenciadas é pressuposto inclusive da eficácia na prevenção geral dos delitos: não se pode pretender enfrentar toda e qualquer manifestação criminógena com os mesmos instrumentos dissuasórios, recorrendo apenas a simplistas majorações de pena ante dificuldades mais extremadas¹⁰¹. Parece já difícil contestar que, em alguns fenômenos delituosos, a atividade investigativa tenha, mais do que a conveniência, a concreta necessidade de contributos oriundos de pessoas internas à própria atividade delituosa; e seria igualmente irrealístico supor que aportes preciosos nesse âmbito poderiam ser adquiridos sem o oferecimento, ou ao menos a expectativa do colaborante, de contrapartida no plano da apenação¹⁰².

⁹⁸ cf. BONNER, David. BONNER, David. Combating terrorism: supergrass trials in Northern Ireland. *The Modern Law Review*, Oxford, v. 51, n. 1, p. 23-53, Jan. 1988. p. 31-32.

⁹⁹ FERRACUTI, Franco. Legislación sobre el arrepentimiento en los delitos terroristas. Un primer análisis de los problemas planteados y de los resultados obtenidos en Itália. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, n. 11: estudios de derecho penal em homenagem al Profesor Luis Jimenez de Asua, p. 303-311, jun. 1986. p.305.

¹⁰⁰ No mesmo sentido: GAZZOLA, Gustavo dos Reis. Delação premiada. In: CUNHA, Rogério Sanches et al. (Coord.). **Limites constitucionais da investigação**. São Paulo: RT, 2009. p. 154-157.

¹⁰¹ STELLA, Federico. La tutela penale della società. In: MARINUCCI, G.; DOLCINI, E. **Diritto penale in trasformazione**. Milano: Giuffrè, 1985. p. 81.

¹⁰² DOMINIONI, Oreste. Diritto premiale e processo penale. In: SIMPOSIO DI STUDI DI DIRITTO E PROCEDURA PENALI, 7., 1983, Como. **Diritto premiale e sistema penale: atti...** Milano: Giuffrè, 1983. p. 174.

Não se pode cogitar de atribuir ao prêmio pela colaboração premiada a dignidade ou extensão de princípio geral; a relação de tendencial contraposição entre os valores em jogo exige que o instrumento esteja limitado a um campo de manifestação delituosa. Generalizar ou ampliar em demasiado o recurso ao prêmio, além de desequilibrar os interesses contrapostos, desmerecendo desproporcionalmente as garantias defensivas, ocasionaria impacto sobre a própria dinâmica processual, passando de um modelo dialético de confronto entre acusação e defesa para um modelo genericamente colaborativo; daí porque afirmar-se que as normas premiais devem estar delimitadas a situações específicas.

Acresça-se a necessária redução das margens de discricionariedade judiciária na aferição dos benefícios aos imputados como condição indispensável a evitar uma transformação na cultura judicial que leve a buscar-se a colaboração de corréus como objetivo primeiro da investigação¹⁰³. A maior completude possível na regulação normativa do instituto, incluindo o procedimento a ser seguido na coleta das informações, a correlação entre as revelações do *pentito* e a graduação do prêmio, são elementos que não poderiam ser desconsiderados no momento de o legislador inserir o instituto na ordem jurídica.

Somente deste modo será possível agregar nas garantias ao colaborador quanto à expectativa concreta de prêmio, reduzindo os efeitos de eventual pressão sobre suas opções processuais, além de diminuir os riscos de delações caluniosas e com outras finalidades muito distantes da razão de ser do prêmio que é a de reforçar o esclarecimento dos fatos graves cometidos no âmbito da moderna criminalidade associativa.

¹⁰³ FERRAJOLI, Luigi. Ravvedimento processuale e inquisizione penale. **Questione Giustizia**, Varese, p. 209-225, 1982. p. 211, que imputa essas distorções também à ampla margem de discricionariedade judiciária constante na norma premial.